



PROVA E VERDADE: O QUE A NEUROCIÊNCIA JÁ NOS DIZ SOBRE A DECISÃO JUDICIAL

EVIDENCE AND TRUTH: WHAT NEUROSCIENCE ALREADY TELLS US ABOUT JUDICIAL DECISION-MAKING

José Eduardo de Melo Vilar Filho ¹

Cíntia Menezes Brunetta ²

Carlos Eduardo Ferreira Aguiar ³

Resumo: A psicologia comportamental atual ensina que a realidade conhecida é construída por experiências e sentidos humanos. Assim, a busca pela verdade e pela equidade em uma decisão judicial não é uma tarefa simples e direta. Envolve a complexa interação entre a mente humana, seus valores, vieses e preconceitos e a busca pelo que, subjetivamente, é considerado certo/justo frente às provas produzidas. O presente artigo pretende analisar a questão da prova judiciária, os vieses que podem afetá-la e seu papel na decisão judicial, tentando compreender que verdade deve se tentar alcançar e entender qual o papel a mente humana ocupa na busca dessa verdade. Neste contexto, abordar-se-á a chamada “ilusão dos sentidos” e seu papel na apreensão da realidade externa, bem como os modelos decisórios internos propostos por Daniel Kahneman. Metodologicamente, a pesquisa utiliza uma abordagem qualitativa, na interface entre o direito e a neurociência, e realizou-se uma revisão teórico-bibliográfica acerca da decisão judicial e do devido processo legal, bem como sobre as reflexões da neurociência sob a perspectiva jurisdicional. A pesquisa constitui-se como exploratória e descritiva quanto aos objetivos e de natureza pura. Considera-se que o autoconhecimento sobre as formas de pensar humanas e sobre os vieses e heurísticas que afetam a apreensão do mundo que cerca o juiz talvez seja o caminho para a garantia de uma decisão judicial mais próxima do que pode ser considerado justiça.

Palavras-chave: Devido Processo Legal; Neurociência; Prova; Verdade; Decisão Judicial.

Abstract: Current behavioral psychology teaches that known reality is constructed by human experiences and senses. Thus, the search for truth and equity in a judicial decision is not a simple and straightforward task. It involves the complex interaction between the human mind, its values, biases and prejudices and the search for what, subjectively, is considered right/fair

¹ Doutorando em Direito (UFC), Mestre em Direito (UFC/2006). Pesquisador do PPGD/ENFAM (Escola Nacional de Formação de Magistrados). Diretor da Escola da Magistratura Federal no Ceará (ESMAFE/CE). Juiz Federal.

² Doutora em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestra em Direito pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Juíza Federal.

³ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Assistente Técnico da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região Núcleo Seccional Ceará.





in light of the evidence produced. This article intends to analyze the issue of judicial evidence, the biases that can affect it and its role in the judicial decision, trying to understand what truth we should try to reach and understand what role the human mind plays in the search for this truth. In this context, the so-called “illusion of the senses” and its role in the apprehension of external reality will be addressed, as well as the internal decision-making models proposed by Daniel Kahneman. Methodologically, the research uses a qualitative approach, at the interface between law and neuroscience, and a theoretical-bibliographical review was carried out on the judicial decision and due legal process, as well as on the reflections of neuroscience from a jurisdictional perspective. The research is exploratory and descriptive in terms of objectives and is pure in nature. It is considered that self-knowledge about human ways of thinking and about the biases and heuristics that affect the apprehension of the world that surrounds the judge may be the way to guarantee a judicial decision that is closer to what can be considered justice.

Keywords: Due Process of Law; Neuroscience; Evidence; Judicial decision; True

INTRODUÇÃO

Numa das mais notáveis obras da literatura brasileira, publicada inicialmente em 1899, Machado de Assis tece uma trama intrincada e repleta de mistérios no romance “Dom Casmurro”. Nessa narrativa envolvente, o autor apresenta Bentinho, um protagonista que, entre ciúmes, dúvidas e a interpretação das evidências, conduz os leitores por um labirinto de incertezas morais e emocionais. Machado de Assis assim expressa a perplexidade de um desesperançado Bentinho com a margem de incerteza acerca da infidelidade de Capitu:

Vi as grandes raivas do mouro, por causa de um lenço, – um simples lenço! – e aqui dou matéria à meditação dos psicólogos deste e de outros Continentes, pois não me pude furtar à observação de que um lenço bastou a acender os ciúmes de Otelo e compor a mais sublime tragédia deste mundo. Os lenços perderam-se, hoje são precisos os próprios lençóis; alguma vez nem lençóis há, e valem só as camisas (Assis, 2019, p. 129).

Esse trecho do romance clássico da literatura brasileira mostra um narrador perdido entre ciúmes, dúvida e valoração do que entendia como evidências da ambiguidade e deslealdade de sua esposa, é um retrato – claro que com relevante margem poética – das dúvidas que envolvem a apreciação das provas e dos elementos externos que a influenciam.

Bentinho se insurgia contra a prova valorada na perspectiva do contexto social e moral da época em que vivia e interpretava o mundo que o cercava ante o seu estado de espírito do momento. A sua apreensão da realidade, através dos sentidos e da lente da desconfiança, era



tão peculiar e nebulosa que Dom Casmurro continua sendo objeto de diversos estudos (inclusive na área da psicologia) que buscam responder se o que o protagonista via como infidelidade não seria apenas uma interpretação distorcida do mundo.

A proposta desse ensaio não é responder a questão que ainda encanta e intriga os apaixonados por leitura. As palavras de Machado de Assis servem apenas como inspiração para uma análise sobre prova e verdade no processo. Ainda que juízes não sejam Bentinhos, a psicologia comportamental atual ensina que a realidade que se conhece é construída por experiências e sentidos humanos e, mais do que isso, essa construção pode tornar o homem (e, conseqüentemente o magistrado que observa a prova produzida) cego para o óbvio e também cego para sua própria cegueira (Kahneman, 2012).

Dessa forma, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, a justiça desempenha um papel fundamental na manutenção da ordem e na garantia dos direitos individuais e coletivos dos cidadãos. O sistema judicial é, por natureza, um dos pilares que sustentam essa estrutura, e seu funcionamento eficaz é essencial para a sociedade. No entanto, a busca pela verdade e pela equidade em um tribunal não é uma tarefa simples e direta. Envolve a complexa interação entre a mente humana, a produção de provas e a promoção de julgamentos justos.

A produção de provas e a determinação da verdade em um processo judicial são intrincadas com a capacidade cognitiva e emocional dos indivíduos envolvidos. A mente humana, sujeita a vieses cognitivos, influências sociais e pressões emocionais, desempenha um papel crucial na interpretação das evidências apresentadas em um caso. A compreensão da mente humana e de como ela lida com a complexidade da tomada de decisões judiciais é essencial para garantir que o devido processo legal seja efetivamente cumprido.

Neste contexto, a neurociência se apresenta em caráter interdisciplinar oferecendo insights valiosos sobre o funcionamento da mente humana e como ela influencia o processo de tomada de decisões judiciais. Este trabalho explora a interseção entre a ciência do cérebro e o direito, investigando o que a neurociência já revelou sobre a decisão judicial e a busca pela verdade em um tribunal.

Desse modo, o trabalho objetiva, no primeiro tópico, analisar a questão da prova judiciária e tentar responder que verdade deve se tentar alcançar e entender qual papel a prova tem na busca dessa verdade.



No segundo tópico, irá se abordar a chamada “ilusão dos sentidos” e seu papel na apreensão da realidade externa e, especialmente, na apreciação da prova.

No terceiro tópico, em busca de uma maior compreensão dos modelos decisórios internos, falar-se-á sobre Daniel Kahneman e seus famosos Sistema 1 e 2. Entender como a mente humana funciona de fato talvez seja o passo mais importante para se tentar compreender o papel da prova.

A título de conclusão, sugestões serão feitas para uma espécie de “controle” da apreciação enviesada das evidências postas no processo.

Dessa forma, salienta-se que a pesquisa foi ancorada em uma abordagem qualitativa, na interface entre a ciência jurídica e a neurociência. Para tanto, utilizou-se de uma revisão teórico-bibliográfica acerca do devido processo legal, da produção de provas no processo, bem como sobre as reflexões da neurociência sob a perspectiva jurisdicional. Além disso, é uma pesquisa exploratória e descritiva quanto aos objetivos e de natureza pura.

1 PRETENSÃO DE VERDADE NO PROCESSO

Uma das normas jusfundamentais que dão conteúdo ao princípio do devido processo legal corresponde ao direito de obter, por meio do processo judiciário, a proteção dos direitos subjetivos ameaçados por ações do próprio Estado ou de terceiros. Nesse contexto, o Estado outrora mínimo necessita agora balancear o exercício das liberdades civis com a garantia de direitos, tanto em sentido vertical, na relação entre Estado e cidadãos, quanto na horizontalidade das relações entre os próprios cidadãos.

Por esse motivo, a existência do direito ao devido processo legal, trata-se de verdadeira garantia dos cidadãos para a proteção de seus direitos, contra lesões ou ameaças de lesões perpetradas quer pelo Estado, quer por terceiros.

Quanto a isso, Canotilho (2003, p. 396, grifou-se) explica que:

Rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse nelas o carácter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade (ex.: direito de acesso aos tribunais para defesa dos direitos, princípios do *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine crimen*, direito de *habeas corpus*, princípio *non bis in idem*.



Apesar de o devido processo legal ter sido inicialmente concebido como um instrumento de defesa do particular em face do império estatal, segundo o qual não se poderia privar o cidadão de seus direitos de vida, liberdade ou propriedade, sem que fosse obedecido um procedimento previamente estabelecido, a evolução dos direitos fundamentais atribuiu-lhe uma dupla dimensão.

Em face disso, é salutar a compreensão de que o exercício de direitos encontra balizas em si mesmo, haja vista que os direitos coexistem e devem ser assegurados a todos de maneira que propicie uma coexistência pacífica e harmônica.

Por essa razão, ao mesmo tempo em que exigia um procedimento prévio para legitimar as ingerências estatais na vida privada, passou a possibilitar ao particular utilizar-se do Estado para defender os seus direitos privados quando os mesmos fossem ameaçados. Assim, esse direito fundamental de acesso aos tribunais traz em si uma dupla garantia.

Uma garantia individual de submeter-se aos tribunais a solução de conflitos intersubjetivos, de modo a ver protegidos os direitos e interesses legalmente estabelecidos. E outra, uma garantia institucional de tribunais, isto é, da existência de tribunais, fazendo a interconexão entre aquela primeira garantia e o “direito constitucional judiciário”.

Assim, o direito ao devido processo legal passou a ser visto sob a perspectiva de um direito de defesa ante aos tribunais em face dos atos dos poderes públicos e, também, como um direito de tutela do particular, por meio do Poder Judiciário, contra as ofensas perpetradas por terceiros em relação aos seus direitos.

Ao longo do tempo, foram acrescentadas a esse direito de proteção pelo judiciário outras dimensões, incluindo-se o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a efetividade do processo, a proibição das provas ilícitas e a fundamentação das decisões judiciais: todas com a finalidade de disciplinar o exercício do poder.

Nessa perspectiva, o exercício do processo é permeado por princípios constitucionais que norteiam o Estado de Direito. A busca por promoção e garantia de direitos não é alheia aos ditames da Constituição Federal, haja vista que a atuação do Estado-juiz se dá a partir de uma postura de neutralidade com foco na realização de um efetivo processo.

Desse modo, observa-se que o devido processo legal, que reúne todas essas dimensões, constitui uma garantia do Estado Democrático de Direito, cuja característica principal é a vedação do poder arbitrário. Assim, proíbe-se a utilização arbitrária da força, tanto pelo Estado como pelo particular na forma de autotutela, contudo, excepcionalmente, o



ordenamento autoriza o uso da autotutela, como no caso da legítima defesa, previsto no artigo 25 do Código Penal, e do desforço possessório, constante no artigo 1.210, §1º do Código Civil.

De fato, para que o uso do poder estatal se legitime, é necessário o estabelecimento de limites procedimentais a esse poder, que sejam aptos a garantir decisões justas, no sentido de fundadas na correta aplicação de normas jurídicas válidas, a partir de um processo em que tenha sido assegurada às partes a possibilidade de ampla participação, por instrumentos processuais idôneos e de forma isonômica.

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a inafastabilidade da jurisdição como princípio orientador na proteção dos direitos individuais e coletivos, confirma a importância do devido processo legal. Esse princípio não apenas garante procedimentos justos, mas também impõe ao Estado a responsabilidade de fornecer uma solução eficaz para os conflitos de interesse que surgem na sociedade. Isso implica a necessidade de uma prestação jurisdicional eficiente.

Nessa concepção, a jurisdição se configura como um serviço público posto à disposição dos cidadãos que têm direito a recebê-la com qualidade, e, assim, não é possível furtar-se da necessidade de identificar o que seria esse serviço público ideal, na perspectiva jurisdicional.

A onda instrumentalista do processo, que se caracteriza pela preocupação generalizada da doutrina e da jurisprudência com os resultados que o processo apresenta, já há algum tempo, vem proclamando a ideia de efetividade, a qual, na expressão de Dinamarco (1998, p. 270), “constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sociopolítico-jurídica, atingindo em toda a plenitude os seus escopos institucionais”.

Nesse sentido, sendo, em geral, como se disse, vedada aos cidadãos a realização da autotutela, a jurisdição é apresentada como o mais importante meio de solução de conflitos, que se obriga a produzir resultados satisfatórios e decisões imbuídas de justiça.

Analisando a configuração do direito de acesso aos tribunais como um direito fundamental, Canotilho (2003, p. 497, grifou-se) anota que:

Dessa imbricação entre direito de acesso aos tribunais e direitos fundamentais resultam dimensões inelimináveis do núcleo essencial da garantia institucional da via judiciária. A garantia institucional conexas-se com o dever de uma garantia



jurisdicional de justiça a cargo do Estado. Este dever resulta não apenas do texto da constituição, mas também de um princípio geral ('de direito', das 'nações civilizadas') que impõem um dever de proteção através dos tribunais como um corolário lógico: (1) do monopólio de coação física legítima por parte do Estado; (2) do dever de manutenção da paz jurídica num determinado território; (3) da proibição de autodefesa a não serem circunstâncias excepcionais definidas na Constituição e na lei.

Por essas razões, a atuação jurisdicional, em comparação com a impossibilidade do exercício da autotutela, necessita atentar para o devido processo legal, bem como aos princípios constitucionais que norteiam o próprio processo.

Nesse passo, admitir que o processo tem por finalidade propiciar decisões justas, assim como que a decisão justa depende de uma correta análise dos fatos, significa reconhecer que a busca da verdade é algo inerente ao processo e que não se pode aceitar um processo destinado a produzir decisões justas sem o devido reconhecimento do dever de busca dessa verdade. Quanto a isso, Cambi (2001, p. 43) faz as seguintes considerações:

[...] a abordagem da prova deve transcender os limites (geralmente negativos) impostos pelo viés da categoria do ônus probatório, devendo também ser analisada como um direito processual subjetivo, cuja tutela pode, em certa medida, ser exigida do Estado-juiz. Com isso, não se pretende retornar à concepção literal de processo como 'coisa das partes', mas tentar buscar simultaneamente, a satisfação dos interesses particulares e públicos: por um lado, o aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, pela concretização de instrumentos processuais capazes de contribuir de modo mais eficaz com o escopo de pacificação dos conflitos com justiça e, destarte, permitindo maior grau de legitimação do exercício da função jurisdicional.

Com efeito, na definição da norma aplicável a cada caso concreto, direito e fato se interpenetram, tendo em vista a necessidade do fato na construção do direito e do correlativo imperativo da regra jurídica para determinar a relevância do fato.

Afinal, as regras jurídicas determinadoras de condutas estão fundadas no mecanismo da incidência por subsunção. Assim, preveem, de forma abstrata, uma determinada hipótese de fato (F), também denominada de hipótese de incidência (ou de *tatbestand* pelos alemães ou, ainda, de *fattispecie* pelos italianos). Em seguida, tais regras estabelecem certa consequência jurídica (C), de modo que sempre que aconteça "F" deve incidir a norma, gerando a consequência jurídica "C". Por essa razão, *Ex facto oritur jus*, ou seja, "os direitos existem enquanto efeitos dos fatos da vida, fatos tornados juridicamente consequentes pelo ordenamento jurídico" como infere Macedo (1979, p. 60).

Em função dessa estrutura das regras determinadoras de condutas, para que tenhamos uma decisão justa, com uma correta aplicação da norma, deve-se estabelecer a efetiva



ocorrência de “F”, por meio de um acerto da verdade das alegações de fato produzidas pelas partes. Afinal, não se pode ter uma aplicação justa e correta das regras jurídicas, se os fatos, que servem de substrato para sua aplicação, não são conhecidos de forma verdadeira.

Sobre o assunto, Barbosa Moreira (1984, p. 179) observa que “[...] se a função do juiz é julgar, e julgar bem, e julgar com justiça, é sua função, por definição, aplicar normas jurídicas a fatos. E, para bem aplicar normas jurídicas a fatos, parece obviamente imprescindível conhecê-los bem, a esses fatos”.

Portanto, a posição de incluir dentre os escopos do processo uma decisão justa somente se aperfeiçoa com sua compatibilização com a orientação de realizar a verificação da verdade das alegações sobre fatos. Quanto a isso, Canotilho (2003, p. 499, grifou-se) expressamente inclui dentre as características do direito de acesso aos tribunais a exigência de uma apreciação, pelo magistrado, da matéria de fato:

A proteção jurídica através dos tribunais implica a garantia de uma proteção eficaz e temporalmente adequada. Neste sentido, ela engloba a exigência de uma apreciação, pelo juiz, da matéria de facto e de direito, objeto do litígio ou da pretensão do particular, e a respectiva ‘resposta’ plasmada numa decisão judicial vinculativa (em termos a regular pelas leis de processo). o controlo judicial deve, pelo menos em sede de primeira instância, fixar as chamadas ‘matérias ou questões de facto’, não se devendo configurar como um ‘tribunal de revista’ limitado à apreciação das “questões” e “vícios de direito”.

No mesmo sentido, Barbosa Moreira (1984, p. 27-28), tratando sobre a problemática da efetividade do processo, estabeleceu entre os seus pontos essenciais a necessidade de “assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos relevantes, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade”.

Assim, a busca da decisão justa, a rigor, se levada às últimas consequências, não se coaduna com as ideias de verdade ficta, irrelevante ou impossível no processo. Sob esse prisma, tem-se que:

A própria estrutura do processo civil depende do problema da verdade, e, então, não se trata de uma simples adaptação técnica do instrumento Judiciário a um objetivo determinado, mas se trata sobretudo, de uma escolha de natureza política no que respeita às formas e aos objetivos da administração da justiça civil. No processo, com efeito, a verdade não é um fim por si mesma, mas é necessário buscá-la enquanto condição para que haja uma justiça ‘mais justa’ (Micheli, 1979, p. 168).

O reconhecimento da busca da verdade como pressuposto de decisão justa dá ensejo à tarefa de verificar os limites estabelecidos pela disciplina jurídico-processual para alcançar essa verdade. Além da (i) reconstrução fiel dos fatos relevantes para a causa, podemos indicar



como requisitos para que se obtenha, através do processo, uma decisão justa, (ii) a correta escolha e interpretação da norma e (iii) a utilização correta de um procedimento válido.

Nesse passo, o tema da verdade tem sido tratado ao longo da existência humana por diversas perspectivas, por vezes admitindo-se e, por outras, negando-se a possibilidade de o homem ter conhecimento real acerca dos fatos que acontecem no mundo que lhe cerca.

O processo de conhecimento, em especial, envolve a confrontação da consciência do sujeito cognoscente com o objeto, formando-se a partir dessa confrontação uma imagem do objeto na consciência do sujeito. Tal imagem é o elemento de ligação entre o sujeito e objeto, sendo tanto mais verdadeira quanto mais ela corresponda ao objeto em si.

É possível dizer, assim, que o conhecimento tem três elementos: o sujeito, a imagem e objeto (Hessen, 2003). A verdade, então, consiste na concordância máxima entre a figura formada na consciência do sujeito e o objeto do conhecimento.

A capacidade do ser humano de apreender o objeto por meio da formação da imagem em sua consciência envolve um complexo processo mental em que interagem de modo significativo a razão e a experiência. Haja vista que, “a verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade” (Santos, 1983, p. 2).

Dessa forma, a imagem que cada um faz de certo objeto forma-se por meio das lentes sobrepostas da razão e da experiência individual, ressaltando-se, para certas pessoas, características tais ou quais do objeto enquanto traços que lhe são distintos, ao passo que para outras pessoas, tais características poderão até nem integrar a imagem formada na consciência, por serem consideradas irrelevantes.

A apreensão do objeto, no processo de conhecimento, sofre ainda influência de fatores externos como o meio ambiente, o espírito da época, o círculo cultura, lembrando, como o fez Hessen (2003, p. 37), a proposição de Protágoras “pánton khremáton métron ánthropos”: o homem é a medida de todas as coisas.

Não existe, é certo, verdade absoluta, pelo que toda verdade não pode ser mais que relativa, determinada, pois, pelo contexto em que verificada e justificada por meio de um juízo racional. O que pode ser alcançado, dentro ou fora do processo, é sempre uma verdade influenciada pelos mecanismos e modos de descoberta postos à disposição do investigador. Acerca disso, Taruffo (1992) chega a afirmar que a verdade absoluta, mesmo que fosse possível, seria irrelevante para o processo, que apenas demanda uma verdade relativa, mas sempre racionalmente justificada:



Em relação a isso, poderíamos observar que, independentemente das respostas dadas a uma questão desse tipo em outros campos, desde a lógica até as ciências empíricas, é inútil e nem merece ser considerada no contexto da determinação processual dos fatos. Poderíamos, de fato, observar que o processo, não sendo uma empreitada científica ou filosófica, não requer verdades absolutas, podendo contentar-se com algo muito menos, ou seja, verdades de alguma forma relativas, desde que sejam suficientes para fornecer uma base razoavelmente fundamentada para a decisão. Em resumo, mesmo que verdades absolutas fossem possíveis em teoria, elas não seriam necessárias no processo, e se fossem impossíveis, isso não teria relevância para o que precisa ser determinado no processo (Taruffo, 1992, p. 152, tradução nossa).

Por outro lado, não se coaduna com o modelo constitucional de processo uma verdade proveniente da íntima convicção do juiz, que seja decorrente apenas de juízos subjetivos e intuitivos privados. O postulado da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, CF/88) implica a necessidade de uma justificação racional do juiz acerca das suas conclusões sobre a verdade dos fatos. Ao processo não servem as íntimas intuições do juiz, pois os fatos devem ser confirmados com base nas provas produzidas, mediante uma análise crítica das informações que tais provas fornecem ao julgador acerca dos fatos sobre os quais elas se referem (Beltrán, 2007).

O que não é, sob nenhuma hipótese, aceitável, são decisões cujo juízo acerca dos fatos seja imperscrutável e incontrollável por parte do jurisdicionado e da sociedade. Assim, apesar do juiz estar livre para examinar e concluir acerca dos fatos subjacentes à causa, não está ele liberado da regra da racionalidade.

Portanto, embora não seja possível a obtenção de uma verdade absoluta, que é algo inexistente em qualquer campo da vida, o processo exige a busca de uma verdade, ainda que relativa, mas racionalmente identificável.

Assim, a verdade que se busca no processo não é a verdade absoluta, pois não se pode, logicamente, pretender o que é impossível de ser alcançado. A verdade que se pretende obter no processo é uma verdade que, apesar de relativa, por ser contextualmente limitada, é racionalmente justificada.

Portanto, Barbosa Moreira (1982, p. 180-181) infere que “pesquisa, sabemos, de resultados, aí de nós, sempre relativos, digo até precários, com os nossos rombudos instrumentos humanos. A parcela da verdade que podemos realmente atingir é reduzida; mas ao menos que se busque essa: antes buscar essa, do que não buscar nenhuma”.

2 A PROVA SOB A LUZ DA NEUROCIÊNCIA: A ILUSÃO DOS SENTIDOS



Muito do que intuído pela filosofia do direito e pelos processualistas acerca da apreensão da verdade terminou sendo, em um momento mais recente da história, confirmado pelos estudos da neurociência.

Em tempos de neurociência, o “penso” cartesiano e a transcendentalidade do sujeito kantiano são colocados em evidência como elementos mais imprevisíveis e influenciáveis por fatores externos do que os dois filósofos pressupunham.

Hoje, sabe-se que a mente humana trabalha de uma forma ainda a ser desvendada completamente, mas algo é certo: a percepção do mundo e da realidade concreta é indiscutivelmente personalizada a partir das crenças individuais e coletivas acolhidas e compartilhadas.

Taruffo (1992) defende a ideia de que toda verdade é relativa e de que não existe diferença relevante entre a verdade dentro e fora do processo. Nesse sentido, pode-se dizer que está confirmada por estudos de neurociência, que evidenciam sermos nós, os humanos, grandes contadores de histórias (Damásio, 2018, p. 9).

Contam-se não apenas o que parece ser visto, mas também o que parece ser desejado, dentro de um contexto social, moral e político em que se vive.

De fato, como aponta Eagleman (2011), a intuição sugere que, no momento em que se abrem os olhos, o mundo se descortina, com todas as suas cores, sons e cheiros. O que a intuição sugere, porém, não pode ser mais distante do que o dado da realidade.

Por exemplo, no caso da visão, milhares de células nervosas são acionadas para inequivocamente interpretar (e não apenas conhecer) os bilhões de fótons acessíveis aos olhos. O cérebro acessa os fótons e os contextualiza, para distinguir uma mera foto de um morango, por exemplo, de um exemplar real da fruta. Não apenas se enxerga o mundo, mas se aprende a enxergá-lo. Não se percebe o mundo, mas, sim, o que o cérebro entende como o mundo (Eagleman, 2011).

Conforme observado por Kahneman (2012, p. 375), quando as pessoas refletem sobre si mesmas (e, no contexto deste estudo, sobre os juízes), elas tendem a se identificar com um eu consciente e racional, que “tem crenças, faz escolhas e decide o que pensar e o que fazer a respeito de algo”.



No entanto, esta seria apenas uma imperfeita e equivocada faceta do que é o homem enquanto ser pensante e cognoscente. A forma de pensar humana se apresenta de diversas formas, mas não como completamente submissa a um mestre conscientemente racional.

E dentro desse processo de construção e reconstrução de histórias (interpretação, reinterpretação e apreensão do mundo e dos fatos), que há de terminar ganhando o status de “verdade” dentro da percepção de cada um, é de se destacar certos modos de raciocínio que influenciam o modo como as pessoas percebem, narram e compreendem os fatos e a realidade.

3 DANIEL KAHNEMAN: OS SISTEMAS E A APRECIÇÃO DA PROVA

Daniel Kahneman talvez seja o mais conhecido pesquisador de psicologia cognitiva que, nas últimas décadas, têm se debruçado sobre os processos envolvidos na tomada de decisão humana. Em seu livro “Rápido e Devagar: duas formas de pensar”, ele adota termos originalmente propostos pelos psicólogos Keith Stanovich e Richard West (Kahneman, 2012) e faz referência a dois sistemas na mente, que gerariam dois modos de pensamento bem distintos: o Sistema 1 e o Sistema 2.

O citado psicólogo escreve contra a ideia de Homo economicus trazida por John Stuart Mill e não só afasta o conceito cartesiano do dualismo corpo e mente defendido por ele, como se propõe a esclarecer como o homem decide e que elementos são considerados para essa decisão. Em suma, ele busca, no estudo do modo de decidir, mapear os elementos constitutivos da suposta racionalidade do homem, enquanto estuda as formas de reação e pensamento humanos.

Assim, o Sistema 1, que seria rápido e ágil, de baixo consumo de energia e apto a tomar decisões sem reflexão profunda, e o Sistema 2, que seria muito preciso, mas lento e de alto consumo de energia, cuja atuação seria reservada, por “default”, para situações em que fosse necessária sua atuação.

O Sistema 2 é o único que pode seguir regras, comparar objetos com base em diversos atributos e fazer escolhas deliberadas a partir de opções. É, contudo, um sistema que demanda um alto gasto de energia. Assim, como estratégia biológica de sobrevivência, o ser humano utilizaria o Sistema 1 para a maior parte de suas atividades, já que o uso do Sistema 2 demandaria muito tempo e energia.



Essa metodologia de funcionamento do cérebro, com o Sistema 1 à frente e o Sistema 2 sendo chamado a atuar apenas em situações supletivamente se apresenta não só em atividades “automáticas” do dia a dia, como levar um garfo à boca, mas também na atividade de percepção da realidade por meio de sentidos e reconstrução dos fatos a partir da análise da coerência das premissas estabelecidas.

Em via de regra, o ser humano funciona valendo-se do Sistema 1. Apenas quando o cérebro percebe uma incoerência nas conclusões desse Sistema é que o Sistema 2 é chamado a atuar.

Assim, ao construir a imagem mental da realidade que nos cerca, o cérebro o faz de modo automático e sem consciência desse processo. Isso porque o Sistema 1, para tirar conclusões, não realiza um exame apurado dos elementos disponíveis a partir dos sentidos, em contraposição a outras informações já armazenadas em nosso cérebro. Ele simplesmente faz juízos intuitivos, com maior risco de conclusões precipitadas, mas que recebem do cérebro o selo de certeza absoluta.

Quando se olha para um morango ou para uma foto de um morango, automaticamente o cérebro reconhece o formato do morango, mas atribuiu ao que vê a qualidade de uma fruta ou de uma representação fotográfica da fruta. Tudo de modo “automático” e sem juízo reflexivo consciente. Trata-se de um importante mecanismo evolutiva de otimização de energia do cérebro. Acerca disso, Kahneman (2012, p. 92) destaca que:

Tirar conclusões precipitadas é eficaz se há grande probabilidade de que as conclusões estejam corretas e se o custo de um ocasional erro for aceitável, e se o ‘pulo’ poupa grande tempo e esforço. Pular para as conclusões é arriscado quando a situação é pouco familiar, existe muita coisa em jogo e não há tempo para reunir mais informações. Essas são as circunstâncias em que erros intuitivos são prováveis, os quais podem ser evitados com a intervenção deliberada do Sistema 2.

Um dos problemas que surge é que, em geral, o Sistema 2 só é chamado a atuar quando existe um fator de desconforto cognitivo, gerando uma situação de tensão cognitiva que demanda melhor análise dos elementos postos à disposição do cérebro.

Assim, se o cérebro tende a aceitar como naturalmente verdadeira uma afirmação que esteja ligada fortemente por lógica ou associação a outras crenças ou preferências que o julgador possua, ou que venham de uma fonte a quem o julgador repute alto grau de confiabilidade ou simpatia (ainda que subconsciente).



Esses elementos geram um estado de conforto cognitivo e o cérebro não se vê obrigado a acionar o mais pesado e trabalhoso Sistema 2 para checar a validade da afirmação. Como destaca Kahneman (2012, p. 74), “as pessoas podem superar alguns dos fatores superficiais que produzem ilusões de veracidade quando fortemente motivadas a assim fazer. Na maioria das ocasiões, porém, o preguiçoso sistema 2 adotará as sugestões do sistema 1 e seguirá em frente”.

Além disso, Kahneman (2012, p. 469) aponta que “a divisão de trabalho entre o Sistema 1 e o Sistema 2 é altamente eficiente: isso minimiza o esforço e otimiza o desempenho”. Os modelos de associações e de previsões do Sistema 1 são em regra precisos e suas reações a desafios são rápidas e normalmente apropriadas.

Porém, o Sistema 1 tem vieses ou erros sistemáticos que ele tende a cometer em contextos específicos. Em certas circunstâncias, responde a perguntas mais fáceis do que as que foram feitas (heurísticas) e exibe pouco entendimento de lógica e de estatística. Também não é um sistema que se pode simplesmente desligar.

Embora o sistema de avaliações do Sistema 1 desempenhe importante papel no julgamento, ele surge a partir da aquisição (com pouco ou nenhum esforço) de informações mínimas que guiarão a modelagem dos processos decisórios automáticos. Por outro lado, a atuação do Sistema 2 para resolver um problema ou avaliar uma situação específica disparará outros cálculos, incluindo, mas não se limitando, às avaliações básicas do Sistema 1.

Assim, a despeito de as decisões do Sistema 1 não serem necessariamente originadas de avaliações simples - podendo exigir associações complexas de impressões e percepções -, elas são automáticas, rápidas e, portanto, em certa medida, limitadas e pouco flexíveis. Independentemente da vontade humana, certas avaliações básicas influenciarão as ações oriundas dos processos decisórios derivados, inclusive no que tange à apreciação da prova.

Ao vislumbrar um semblante inseguro da testemunha, o juiz pode, simplesmente, desconsiderar as informações dadas, ainda que fossem fundamentais para a liberdade do réu.

Da mesma forma, determinado caso pode despertar lembranças da sua infância, levando-o a interpretar de forma enviesada a prova colhida.

Dessa forma, vê-se que é indubitável que o acesso do sujeito cognoscente à realidade é inevitavelmente marcado por seu ponto de vista precário sobre tal realidade, já que a mesma, em sua totalidade, é bem maior e mais complexa do que a capacidade viável de compreensão humana (Machado Segundo, 2016).



Mais do que isso, as constatações registradas até o momento não deixam dúvida e, em verdade, permitem pressupor que a percepção da prova produzida a partir de esquemas puramente racionais sempre será falha e incoerente à lógica da mente que a observa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, a partir das ideias de David Eagleman, a noção individual de mundo não é somente uma construção que não representa de forma acurada o que de fato existe, mas, em acréscimo, ela dá ao homem uma falsa percepção de uma fotografia rica e completa, quando, de fato, só se consegue ver parte da realidade e nada mais.

Nessa perspectiva, não só o homem incorre em erros lógicos, como também deixa de perceber os elementos estranhos e não racionais que afetaram a formação do seu convencimento, especialmente vieses e heurísticas. Afinal, a maior parte do que fazemos, pensamos e sentimos não está submetido ao nosso controle consciente (Eagleman, 2015).

As descobertas da neurociência ao lançar luzes sobre o intrincado mecanismo de funcionamento do cérebro, permitem confirmar a complexidade do processo de formação do que chamamos de verdade dos fatos. Ao se constatar a necessidade de certo desconforto cognitivo para a melhor apuração dos fatos e os riscos de sua distorção por força de vieses de cognição, é necessário que o profissional do direito passe a refletir sobre os limites da cognição possível e acerca da metodologia de produção e valoração de prova, de modo a aperfeiçoar o sistema de prestação de justiça.

Estudar doutrina jurídica e legislação, ante as novas perspectivas da neurociência e da psicologia comportamental, não parece mais ser suficiente para a formação de um magistrado e tomador de decisão.

Afinal, a pergunta que se coloca é, sendo previsível, esperada e não surpreendente a apreensão limitada do ser humano da realidade e, conseqüentemente, da sua interpretação, como se aproximar de um melhor aproveitamento da prova produzida? Como se afastar da enganosa luz que gera conforto e ilusão e que, “com a força irrecusável do real, converte em verdade a percepção e a significação” (Martins, 2013, p. 217).

Nesse passo, pensando na decisão judicial como um processo que envolveria crença, dúvida, assentimento, confiança, aceitação, convicção, e, por fim, justificação, Rui Cunha Martins defende que a nossa expectativa antecipa o acontecimento (faz um modelo do



acontecimento e o confirma) e, sempre que “o acontecimento previsto é constatado, estávamos de alguma forma preparados para a constatação”, o que levaria o processo decisório da crença direto para a convicção, sem passar pela transformação da evidência em prova (Martins, 2010, p. 87).

Estar convicto, assim, para Rui Cunha Martins, não seria a etapa final de um processo decisório sem mácula, mas, sim, poderia representar uma confirmação da crença preexistente, tornando desnecessária qualquer prova. Nesse passo, a prova produzida em contraditório no processo serviria para afastar o excesso inerente à evidência enquanto operação alucinatória (Martins, 2013).

Do mesmo modo, a exigência de fundamentação racional acerca da matéria de fato também representa importante mecanismo para acionamento do Sistema 2, provocando uma análise reflexiva das convicções em contraposição à prova efetivamente produzida.

Deve o julgador assim, ter muito cuidado com fundamentações genéricas em matéria de fato, buscando reportar-se, sempre que possível, às circunstâncias e elementos específicos que contribuíram para a formação do juízo de certeza (positivo ou negativo) sobre as alegações de fato produzidas pelas partes.

Afinal, espera-se do julgador (e do Judiciário) não apenas imparcialidade, mas, também, racionalidade. Ou seja, espera-se que ele seja plenamente capaz de afastar quaisquer vieses cognitivos que ameacem sua decisão (Marden; Wykrota, 2018) e sua valoração da prova produzida no processo.

O autoconhecimento sobre as formas de pensar humanas, sobre os vieses e heurísticas que afetam a apreensão do mundo que cerca o juiz, talvez seja o caminho para uma maior garantia de uma prova apta e aceitável a gerar convicção. A percepção de que o contraditório e a fundamentação racional das decisões podem atuar nesse sentido talvez seja a resposta para a busca de algo mais próximo da verdade.

Além disso, é de fundamental importância que o aprimoramento do sistema de justiça ocorre a partir da atuação conjunta da sociedade, dos legisladores, bem como dos magistrados. Nesse sentido, à medida que a neurociência e a psicologia comportamental ressaltam as limitações da capacidade cognitiva do cérebro humano, é preciso levar em conta a implementação de políticas judiciais mais alinhadas com as descobertas científicas.



A situação em comento pode refletir na promoção de capacitações regulares aos profissionais do direito acerca dos vieses cognitivos, bem como uma maior ênfase na transparência e na fundamentação das decisões judiciais.

Por fim, em face da expansão do encontro entre o direito, a neurociência e a psicologia comportamental, faz-se necessário a incorporação desses conhecimentos tanto à formação, quanto à prática dos magistrados. Dessa forma, a busca pela verdade que se pretende nos processos judiciais é um caminho complexo e desafiador, entretanto, com o conhecimento adequado acerca da mente humana, assim como do próprio processo de tomada de decisões e da produção de provas, torna-se possível a realização de um processo que atenda de forma mais efetiva e eficiente as demandas do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Machado de. **Dom Casmurro**. 3 ed. São Paulo: Editora Pincipis, 2019.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Juiz e a Prova. **Revista de Processo**, n. 35, 1984.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DAMÁSIO, António. **A Estranha Ordem das Coisas**: as origens biológicas dos sentimentos e da cultura. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

EAGLEMAN, David. **Incógnito**: a vida secreta do cérebro. São Paulo: Rocco, 2012.

HESSEN, Johannes. **Teoria do Conhecimento**. Trad. João Vergílio Gallerani Cuter. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: as duas formas de pensar. São Paulo: Objetiva, 2012.

MACEDO, Ronaldo Porto. Prova dos atos jurídicos. **Revista de Processo**, n. 16, outubro-dezembro de 1979.



MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **O Direito e sua Ciência**: uma introdução à epistemologia jurídica. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

MARDEN Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o meio e o fim. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/5307>. Acesso em: 03 set. 2023.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito**: The Brazilian Lessons. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MARTINS, Rui Cunha. Estado de Direito, Evidência e Processo: incompatibilidade electivas. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito PUCRS**, v. 2, n. 1, 2010. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7474>. Acesso em: 03 set. 2023.

MICHELI, Gian Antonio; TARUFFO, Michele. A prova. **Revista de Processo**, v. 4, n. 16, 1979. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/113074>. Acesso em: 03 set. 2023.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Prova Judiciária no Cível e no Comercial**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1992.